

Coordenação Técnica:

Cerdônio Quadros

Editor e Diretor Responsável pela
Consultoria NDJ e

Marcello Rodrigues Palmieri

Gerente da Consultoria NDJ

Tema em Destaque

**Evolução Jurisprudencial do Direito
Administrativo nos 17 Anos da
Constituição Federal de 1988**

Palestra proferida por:

Min. José Augusto Delgado

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Permitam-me que as minhas primeiras palavras sejam palavras de abraços pelos 20 anos da NDJ. A NDJ que, antecipando-se à reforma do Código Civil, alcançou sua maioria muito antes, porque quando eu conheci a NDJ, há dezesseis anos – se eu não estiver enganado, em Recife – tive a concepção que a NDJ já era adulta no mundo jurídico pelas mensagens que desenvolvia para o aperfeiçoamento do Direito no Brasil. Esta homenagem presto ao Cerdônio, mas não somente, pois homenageio também a sua família e a todos os funcionários, além daqueles que têm contribuído para o engrandecimento da NDJ. Os 20 anos representam um marco no ordenamento jurídico brasileiro, não somente porque consolidam um movimento para o bem cultural jurídico do País, mas também porque consolidam bandeiras levantadas no campo do

Direito Administrativo, as bandeiras da moralidade, da eficiência, da legalidade, para que as relações jurídicas entre o cidadão e o Estado tenham realmente a dignidade que o cidadão merece. Meus queridos amigos, o tema sugerido tem a denominação “Evolução Jurisprudencial do Direito Administrativo nos 17 Anos da Constituição Federal de 1988”. A Constituição Federal de 1988 marca uma revolução muito profunda no nosso ordenamento jurídico em face dos postulados e dos princípios introduzidos. Penso que não é o melhor caminho falar a respeito dessa evolução jurisprudencial de modo isolado, porque o Direito é formado, é construído em forma de sistema, em forma de interligações de pensamentos, e no momento em que nós quebramos essas interligações, somos, muitas vezes, levados, ou por influências dessa quebra, ou por obstáculos que

* Aula Magna realizada em 2 de dezembro de 2005, no Seminário Nacional de Direito Administrativo – Edição Comemorativa dos 20 Anos da NDJ, em São Paulo – SP.

possam aparecer no caminho, a não apresentarmos com muita substância as nossas idéias. Então, dividimos essa nossa exposição em duas partes. Primeiro vamos tentar demonstrar que ao lado dessa evolução jurisprudencial ocorreu uma evolução muito maior, que foi a evolução doutrinária. Os grandes administrativistas dizem que temos que ter uma visão do Direito Administrativo de ontem, de hoje e de amanhã. Dentro do contexto do Direito Administrativo de hoje temos que pensar na sua constante constitucionalização. Observo que tudo isso é decorrente dos movimentos dinâmicos da ciência jurídica. Nenhuma ciência – com as minhas homenagens a quem pensa diferente – tem sofrido ultimamente, especialmente da metade do século XX para o início desse século XXI, tantas movimentações, tantas modificações, como a ciência jurídica. O dinamismo da ciência jurídica é incontável, e nós, operadores do Direito, que pensamos a construção do Direito de forma concreta, de forma aplicada, estamos sem condições físicas e materiais, e até de inteligência, para acompanhar essa evolução devido à intensidade com que ocorre. Ou nós nos conscientizamos desse movimento, o que nos leva a cada vez mais nos dedicarmos ao estudo do Direito Administrativo, verificando todos os seus âmbitos, ou vamos nos perder nos contornos que estão sendo construídos, e lançaremos equívocos sobre as interpretações que devem ser feitas sobre as normas de Direito Administrativo que, cada vez mais, se aproximam de valores como a dignidade e os direitos da cidadania. Vejam que eu estou profundamente sensibilizado com esse movimento do Direito Administrativo, especialmente com os reflexos dos últimos vinte anos, porque cada vez mais tem se aproximado do cidadão, é uma conquista morosa que está sendo feita passo a passo, para que o Direito Administrativo se una ao cidadão de modo definitivo, sem nenhuma condição, sem nenhuma possibilidade de divórcio no futuro, integrando-se dentro daquele preceito que muitos futuristas têm afirmado: o de que o século XXI é o século da cidadania. Nós já tivemos séculos voltados para o renascimento cultural, tivemos séculos que começaram com a diminuição do poder estatal: “O Estado sou eu”, nas palavras dos famosos soberanos; tivemos séculos voltados para a Revolução Industrial; tivemos os últimos séculos voltados para o desenvolvi-

mento da tecnologia; mas nós nunca tivemos um século, na história do mundo, que se voltasse diretamente para os problemas do cidadão, em que as idéias dos juristas fossem concentradas, quaisquer que sejam os caminhos seguidos, na dignidade do cidadão, na valorização da sua cidadania. Uma tarefa em que o cidadão é o soberano, pois a cidadania em si é que deverá produzir efeitos no Estado, e não ao contrário; a dignidade do cidadão é que deve dominar, dirigir as políticas administrativas e sociais do Estado, e não ser dirigida pela vontade política momentânea e não estabilizadora dos dirigentes estatais. Esses fenômenos exigem não somente que os doutrinadores no campo do Direito Administrativo repensem todas as suas posições até então fixadas, abrindo seus corações, suas mentes para o presente e, conseqüentemente, para o futuro, mas também que a jurisprudência se acomode a tudo isso de um modo evolutivo, rasgando por inteiro todo o seu passado. Que a norma seja interpretada todas as vezes em que for chamada a decidir um conflito jurídico-administrativo entre o cidadão e o Estado com olhos voltados para esse momento que nós estamos vivenciando. Não devemos nos esquecer dos movimentos sociais que estão ocorrendo no Brasil e também na Comunidade Européia. O movimento que está ocorrendo na França, o movimento de revolta contra as políticas administrativas do Estado, com desdobramentos na Bélgica, em Bruxelas, em países circunvizinhos, ainda com um pouco de resistência na Alemanha; não devemos nos esquecer que esses movimentos vão trazer para o Direito Administrativo novas reflexões, e vão determinar não somente a união do Direito Administrativo com o Direito Constitucional, mas uma nova visão do que é o Estado e um novo comportamento a ser exigido, ou seja, como o Estado deverá administrar as suas ações para atender às necessidades da sua soberania. Penso que nós começamos agora aquilo que eu sempre tenho pregado em minhas palestras: uma revolução que não é a das armas, não é a revolução do sangue, não é a revolução dos tiranos, não é a revolução do Iraque, não é a revolução das invasões territoriais; é a revolução que está sendo iniciada pelo inconformismo do homem, por aquela comunicação silenciosa em que um homem diz para o outro: “estou inconformado, estou sem esperança, sem segurança, sem saú-

de, sem educação; estou na fila de madrugada para conseguir uma receita para depois me darem uma senha para daqui três meses ser consultado; eu estou na fila de uma entidade educacional para conseguir matrícula do meu filho para me darem uma senha para que eu volte daqui a três meses; eu estou na fila para ser assaltado”; então, meus senhores, esse inconformismo está explodindo em todas as sociedades, e hoje não é situado mais nos rincões brasileiros, já está instaurado de modo globalizado. O Direito Administrativo, sendo a disciplina reguladora da atividade do Estado, a disciplina que impõe limites à atuação estatal e que determina as políticas que o Estado deverá seguir, tem a profunda responsabilidade de reviver todos os seus dogmas, todos os seus princípios e criar novos sistemas para que, pelo menos, surja uma nova esperança plantada no Direito Administrativo, de que algo vai ser modificado. Fecho essa parte introdutória, que é uma parte de pregação, talvez ideológica, mas que demonstra a preocupação que temos com o momento atual, e abro a parte essencial da nossa palestra. Primeiro quero chamar a atenção para o dinamismo da ciência da qual já falei; depois as modificações trazidas pela Revolução Francesa e outras revoluções liberais que ocorreram no final do século XVIII. O Direito Administrativo nasceu com o próprio Estado, não de forma sistematizada; o Código de Hamurabi, de modo direto ou indireto, já regulava as vinculações administrativas do cidadão com o Estado, embora todas essas regulações de forma imperativa caracterizassem a vontade do dirigente estatal. Também quero chamar a atenção, de uma forma muito sintetizada, para alguns enunciados que elaborei dentro dessa retrospectiva. Desses enunciados eu afirmo o seguinte: não se identifica no Brasil a existência de um Direito Administrativo sistematizado apoiado em dogmas, em postulados, em princípios, em regras estáveis, isto é, com forma científica no período compreendido entre os anos de 1500, época do Descobrimento, até o início do século XIX, precisamente, até o ano de 1808, quando o Brasil passou a ser considerado Reino Unido de Portugal. Infelizmente não há condições de nós fazermos comentários paralelos a esses enunciados, pois a nossa missão aqui é tão-somente abrir as consciências para que meditações mais alongadas sejam feitas posteriormente. Segundo enunciado: O início

do século XIX apresenta-se marcado no Brasil pela submissão na regulamentação do ente estatal e dos seus agentes às regras administrativas editadas por Portugal, embora sem qualquer padronização científica; regras que foram construídas com base em idéias absolutistas. O terceiro enunciado: O Direito Administrativo de forma programática e sistemática começou no Brasil em 1851. Vejam que o Direito Administrativo é uma criança, não tem dois séculos de existência – para um ramo autônomo da ciência jurídica é uma criança que está em constante modificação, porque se afirma que cada ciclo de formação de uma ciência, de um ramo jurídico, é contado em um século. Um século é o ciclo do quê? É o ciclo da juventude, da adolescência propriamente dita; o outro século é o da maturidade, e o outro é o ciclo da senectude, o ciclo em que há a consolidação de todos os pensamentos, e só aí nós podemos ter uma ciência, um ramo jurídico-científico devidamente consolidado. Como eu disse, o Direito Administrativo de forma programática e sistematizada começou no Brasil em 1851 quando foi criada pelo Decreto 608, de 16 de agosto, uma disciplina com o mesmo nome que passou a ser oferecida obrigatoriamente nos cursos jurídicos e nos que seriam criados. O Brasil conheceu no ano de 1857 a primeira obra voltada unicamente para o estudo desse ramo jurídico intitulada *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, da autoria de um pernambucano, Vicente Pereira do Rêgo, que era Professor da Academia de Direito de Recife, considerado o primeiro sobre o assunto a ser publicado – não somente no Brasil – mas em toda a América Latina. Quarto enunciado: O Direito Administrativo Brasileiro surgiu sob a influência das idéias reinantes na França, país considerado o berço desse ramo jurídico, graças aos efeitos gerados pela Teoria da Separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu, no *Espírito das Leis*, em 1748 – idéias que, nós sabemos, tiveram acolhimento universal. Quinto enunciado: Há de ser lembrado e registrado que, até então, por predominar o poder exercido pela pessoa dos soberanos – “O Estado sou eu”, “o rei tudo pode” etc. – não havia espaço – aqui eu chamo a atenção para esse marco e para as modificações que começaram a ser produzidas e que continuam em constante evolução – para o desenvolvimento de qualquer teoria que objetivasse outorgar direitos aos súdi-

tos, quer dizer, aos administrados do rei. A própria inteligência dos doutrinadores da época era sufocada pelo poder estatal que não abria espaço para que eles criassem qualquer teoria que conduzisse à garantia de direitos aos administrados – as idéias consagravam direitos tão-somente ao rei. A Revolução Francesa de 1789, ao consagrar a tripartição das funções do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – ensejou, conseqüentemente, a abertura de uma estrutura administrativa para os órgãos encarregados de executar as atividades de cada poder estatal. Essa modificação na organização do Estado determinou o surgimento das primeiras regras de Direito Administrativo voltadas para disciplinar o agir dos agentes da Administração e dos administrados, fixando alguns direitos e deveres. É o que se entende como o nascimento dos direitos dos administrados em face do Estado. A doutrina considera que foi na França, em razão dessa movimentação, que nasceu o Direito Administrativo como um ramo autônomo da ciência jurídica, que depois passou por aperfeiçoamentos e se encontra em constante evolução. Merece destaque um fato para demonstrar a crise que o Direito Administrativo viveu neste período: o instituto da discricionariedade administrativa nasceu no âmbito do Conselho de Estado da França, após a Revolução Francesa, em 1789. A amplitude com a qual nasceu esse direito – a teoria da atividade discricionária administrativa – foi tão grande, que hoje nós sabemos que ela está recebendo restrições; essa atividade discricionária administrativa não é hoje concebida com a amplitude com que foi pregada durante muito tempo, e a jurisprudência, aqui e acolá – em alguns momentos com boa inspiração – tenta reduzir essa atividade discricionária. Abro um espaço para dar um exemplo: o Tribunal Superior Eleitoral, há quinze dias, em um julgamento do qual eu participei, se insurgiu contra uma posição jurisprudencial, e aqui já entro nos casos concretos da evolução jurisprudencial do Direito Administrativo nesses dezessete anos. A insurgência foi contra a posição jurisprudencial do STF e do STJ de que a renovação do prazo de concurso de dois anos para mais dois anos é atividade discricionária e que o chefe do Poder Executivo pode silenciar na chamada “prorrogação do concurso”. Foi defendida a tese construída pelo Ministro Marco Aurélio de que essa atividade não é tão discricio-

nária como vem sendo pregado através dos anos. Sim, o Poder Executivo pode não renovar o concurso terminado o prazo de dois anos, ou seja, pode não determinar a renovação do concurso, mas para isto tem que justificar a não-renovação. Em síntese construímos a tese de que a renovação do concurso é um direito subjetivo do concursado que tem direito a ter o seu concurso renovado expirado o prazo de dois anos, salvo se o Poder Executivo, ou o Legislativo, ou o Judiciário, o poder que tenha realizado o concurso, motivar, dizendo da desnecessidade da prorrogação, tendo em vista não existir dotação orçamentária ou que não há mais necessidade daquele número de servidores; enfim, terá que demonstrar que há determinadas condições fáticas para aquele concurso não ser prorrogado. O outro fundamento que nós apresentamos – e esse já foi um fundamento que eu apresentei em alongamento à tese apresentada pelo Ministro Marco Aurélio – é o de que em face ao princípio da eficiência posto no art. 37 da Constituição Federal, quando é aberto um concurso objetiva-se selecionar pessoas com méritos para, cada vez mais, aumentar a eficiência da atividade administrativa. Então, se a Administração selecionou aquelas pessoas que por meio de méritos foram consideradas mais capazes para produzir essa eficiência que a Administração constantemente está a exigir, há necessidade, para a não-prorrogação do concurso, da demonstração da desnecessidade daquele pessoal. Vejam que essa decisão do Tribunal Superior Eleitoral é inovadora e abre caminhos para uma nova interpretação. Continuando os enunciados: Está consagrado na doutrina que a evolução do Direito Administrativo decorre necessariamente do desenvolvimento e das transformações sofridas pelo Estado, bem como das pressões exercidas pela sociedade brasileira e mundial. Eu disse que não faria comentários paralelos, mas sou tentado a tanto e presto a minha grande homenagem ao saudoso e querido amigo Seabra Fagundes. Seabra Fagundes me ensinou que a pressão social é a pressão mais legítima, mais democrática que deve ser exercida. E não se faz pressão social só com greves, se faz pressão social também com movimentos culturais, com movimento de idéias, com aquilo que eu chamo de catequização da consciência jurídica. Estava conversando há pouco, na hora do almoço, sobre a necessidade que

nós temos hoje de desenvolvermos cada vez mais a chamada catequização de nossas idéias; as idéias não devem ficar em âmbitos fechados e não devem ser envolvidas por vaidade pessoal; devem ser colocadas para que sejam propagadas, idéias dos advogados que devem ser transmitidas para os juízes, idéias dos juízes que devem ser transmitidas para os advogados, e todos devem se unir para combater essas idéias e, conseqüentemente, implantar um novo sistema interpretativo do Direito brasileiro, porque os quatro métodos clássicos de interpretação do Direito já não nos servem. Nós estamos defendendo hoje que mais quatro métodos não-clássicos devem estar presentes no nosso dia-a-dia na interpretação, especialmente o método em que, primeiro, nós temos que colocar o problema, e no campo do Direito Administrativo isto se torna bem presente, pois temos que colocar o problema que nós estamos vivenciando dentro de um contexto social, de um contexto jurídico, dentro de um contexto dos efeitos produzidos; é para esse problema que devemos trazer a norma e a atualizarmos em face do que vai ser decidido, apreciado, interpretado, e não o que nós estamos fazendo através dos séculos. Nós estamos pegando a norma, interpretamos, e depois adaptamos a norma ao problema. Nós temos que, primeiro, ver qual é a extensão do problema para a sociedade, porque é assim que nós poderemos construir aquilo que a Constituição Federal de 1988 quer, ou seja, que acima de tudo deverá haver uma verdadeira subjugação ao postulado da dignidade humana e ao postulado da valorização da cidadania. Nessa fase do século XVIII, na evolução do Direito Administrativo, duas correntes se tornaram presentes: a que determinou o Direito Administrativo na França, pegava os fatos e por meio deles construía o Direito Administrativo com as linhas mestras até então conhecidas; e a da Alemanha, diferentemente, em que o Direito Administrativo não foi construído sobre fatos, não evoluiu sobre fatos – nasceu de idéias doutrinárias. Observem que aí nós temos um fosso científico importante a analisar: um sistema de idéias administrativistas. Um dos sistemas surgiu da corrente de análise de fatos e todos eles analisados pelo Conselho de Estado francês; o outro, o alemão, abandonou os fatos e construiu todo o sistema com base em idéias; idéias que, nós sabemos, surgem do isolamento do doutrinador e

depois que são lançadas passam a suscitar o debate democrático. Quer dizer, nascem, são lançadas ao mundo com um suporte de totalitarismo e de individualismo, é só depois passam a ser debatidas – não são debatidas previamente para que sejam lançadas. No final esses dois contextos se uniram, tanto o nascido na França como o na Alemanha, e evoluíram para a Itália. Hoje esses dois contextos estão de mãos dadas para construir o Direito Administrativo que nós estamos a necessitar.

Eu falei inicialmente a respeito da chamada “Constitucionalização do Direito Administrativo”. A constitucionalização do Direito Administrativo chega a determinar que para se pensar em Direito Administrativo deve se pensar primeiramente em Direito Constitucional, e conseqüentemente, para se bem trabalhar o Direito Administrativo temos que primeiro dominar todos os postulados, princípios e regras do Direito Constitucional. Observem que já estou filiado à corrente da existência de postulados, princípios e regras em nosso ordenamento jurídico; aliás, sabemos que são idéias alemãs que foram trazidas aqui para o Brasil, especialmente, por uma obra de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, e também posta no sistema constitucional tributário, onde é desenvolvida a força dos postulados de natureza interpretativa, postulados absolutos, os princípios com natureza interpretativa, e as regras subordinadas aos postulados e aos princípios; só não concordamos com Humberto Ávila quando ele coloca a regra acima dos princípios – ainda não estou convencido dessas idéias que ele está a defender, enquanto fiel àquilo pregado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que diz que violar um princípio é um pecado profundamente mortal, e entre uma regra e um princípio, deve-se fazer a opção pelo princípio; entre a regra e o princípio, eu prefiro o princípio, e entre o princípio e o postulado, eu prefiro o postulado pela sua natureza absoluta. E como eu falei: dignidade humana é postulado, cidadania é postulado, República Federativa é postulado, democracia é postulado, moralidade é postulado, eficiência é postulado, é muito mais do que princípio; legalidade no regime democrático é postulado, valorização social do trabalho é postulado, porque tudo isso são elementos que fazem elevar o conceito de cidadania e, conseqüentemente, dignidade humana. A constitucio-

nalização do Direito Administrativo foi examinada com absoluta fidelidade por Luís Roberto Barroso em um trabalho intitulado *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil*. Embora tenha sido tardio o triunfo do constitucionalismo no Brasil, para que esse triunfo se consagre, é necessário que o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário se convençam da necessidade da imposição do constitucionalismo, desse neoconstitucionalismo de acordo com as idéias que estão sendo pregadas, de acordo com as exigências que a cidadania impõe na interpretação do Direito. Luís Roberto Barroso demonstrou como o Direito Administrativo está constitucionalizado e, conseqüentemente, por esta razão, tem que refletir em toda a evolução da jurisprudência. Nós, do Poder Judiciário especialmente, ou nos conscientizamos da força dessa constitucionalização do Direito Administrativo, ou nunca vamos chegar a interpretar o Direito Administrativo de um modo satisfatório como quer o cidadão, porque o nosso compromisso não é com a doutrina, por mais nobre que seja, não é com o Estado, por mais moralista que esteja sendo o atuar dos agentes estatais, não é com o Poder Legislativo, por mais bem construídas que estejam sendo as leis produzidas: o nosso compromisso é unicamente com o cidadão, não temos nenhum outro compromisso com essas facetas, não somente de comportamento estrutural-científico nascido da inteligência, como também de comportamento sistematizado dos Poderes; o nosso compromisso é unicamente com o cidadão, tanto é que quando a lei é lançada no mundo jurídico, se desvincula, corta o cordão umbilical com todos os precedentes históricos, com todas as influências econômicas, sociais e políticas que lhe deram origem, e passa para o Poder Judiciário como uma lei virgem, submetida a toda interpretação. Prega a boa doutrina que o Poder Judiciário deverá se isolar de todos aqueles precedentes que antecederam a história da lei. Em face da influência dessas idéias, dei-me ao bom trabalho de examinar na Constituição Federal quantos itens parecem ser norma constitucional pura, e que outra coisa não são do que normas de Direito Administrativo. Elenco aqui – não vai ser possível mencioná-las porque tenho que reservar um tempo para lhes mostrar algumas evoluções, alguns exemplos de

jurisprudência administrativa –, só no art. 5º, 23 situações tidas como direitos e garantias individuais que não são outra coisa do que regras de proteção do Direito Administrativo, regras voltadas unicamente para o administrado, isso a contextualizar o que eu estou afirmando, que cada vez mais o Direito Administrativo tenta se aproximar do cidadão. A evolução jurisprudencial não pode fugir desse panorama – não afastando de vez o ator Estado, pois de qualquer maneira é um ator na relação jurídico-administrativa – pois deve observar que o princípio, por exemplo, da supremacia do interesse público só deverá ser aplicado se for a supremacia do interesse do cidadão – que pode parecer que é uma supremacia privada – mas é a supremacia de natureza absoluta, a supremacia do interesse público é a supremacia do cidadão e não a supremacia do Estado. Concordo, por exemplo, quando Humberto Gomes de Barros afirma que é sem adequação científica o vocábulo “administrado”, porque administrado é aquele que é comandado pelo Estado, e que esse vocábulo deve ser revisto para se encontrar um outro que determine a posição do cidadão; administrado determina uma posição que está em um grau de subordinação em face dessa modificação que está ocorrendo. Então, vejam, citando apenas um exemplo, o inciso LXXVIII do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo (...)”, inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04. Vejam bem que nós temos agora o quê? Nós temos como direito do administrado, como garantia do direito do administrado, uma garantia em prazo razoável da solução do processo administrativo. Aliás, a lei federal que regula o processo administrativo determina prazos. Nós, do Superior Tribunal de Justiça, já aplicamos isso muito antes dessa Emenda Constitucional nº 45/04, a Emenda da Reforma do Poder Judiciário; temos concedido Mandados de Segurança que mostram essa evolução jurisprudencial em relação à valorização do cidadão. Mas, e se essa omissão continuar, o que fazer? Seria crime de responsabilidade por descumprir uma determinação judicial? Será que o Poder Judiciário poderia decidir no lugar da Administração? Poderia ser concedido, imediatamente, o direito pedido pelo administrado? A jurisprudência contemporânea está a se preocupar com o chamado silêncio no Direito Adminis-

trativo. Todos nós sabemos dos efeitos danosos que o silêncio produz no Direito Processual Civil, porém não temos nos preocupado muito com os efeitos danosos do silêncio no Direito Administrativo. Por exemplo, na Ação Ordinária de Reintegração de Cargo, quando o Poder Público não contesta, não consideramos revelia. Se for o inverso, uma Ação de Responsabilidade promovida pelo Poder Público contra o particular, se o particular não contestar, isto representará a confissão dos fatos que foram apontados. Não concordamos em termos doutrinários, mas às vezes, por questão de disciplina, nos rendemos ao julgamento e ressalvamos apenas os nossos pontos de vista em face da chamada “segurança jurídica da jurisprudência”, porém com olhos abertos, pois já está no momento de modificarmos esse posicionamento. Outro exemplo, o do inciso XVIII, também do art. 5º: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. É uma proibição categórica determinando um não-fazer da Administração Pública, em consequência da valorização da liberdade de associação. Se nós formos para o art. 6º da Constituição Federal nós também vamos encontrar regras de Direito Administrativo. Por exemplo, obrigação da Administração Pública estabelecer – vejam, obrigação não é faculdade, não é uma permissibilidade – política administrativa que assegure os direitos sociais – a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados –, na forma prevista pela Constituição, com a alteração da Emenda Constitucional nº 26/00. Isso, a meu ver, abre espaço para que o Poder Judiciário seja chamado a atuar em todos os momentos em que haja omissão do Poder Executivo em não cumprir essas obrigações. Outra regra é a que está no art. 7º, inciso II: “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”. E nós sabemos que nesse setor está havendo uma regressão: no lugar de ampliarem cada vez mais a política social de proteção ao desemprego involuntário, está havendo uma regressão devido às dificuldades burocráticas que se apresentam. Há outros exemplos; eu elenquei uma média de 67 regras de Direito Administrativo puro dentro da Constituição Federal, consequentemente, regras de Di-

reito Administrativo constitucionalizado. Bem, partindo para a fase final quero apontar a evolução jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, em face de legislações pós-1988. Vejam que já falei várias vezes da aproximação do Direito Administrativo do cidadão; quer dizer, a fuga do Direito Administrativo quebrando os seus laços com o Estado, e a aproximação do cidadão com a consequente proteção dos seus direitos. A jurisprudência nessa construção evolutiva não pode ignorar o chamado Direito Administrativo dos Consumidores ou, como querem alguns, Direito Administrativo Consumerista. A Lei nº 8.078/90 estabelece princípios a serem seguidos pelas autoridades administrativas. Entre tantos princípios enumerados, nós sabemos que esta lei contém mais de 13 princípios consagrados de proteção ao consumidor que impõem condutas ao administrador. Vamos destacar, por exemplo, que o administrador é obrigado a fazer políticas de educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, visando à melhoria do mercado de consumo. Vejam que essa lei está em vigência desde 1990, portanto há quinze anos, e nós não encontramos em nenhum *outdoor*, em nenhuma cidade, em nenhum Estado, em nenhum Município, em nenhuma praça, nenhuma propaganda nos jornais, nenhuma propaganda na televisão, promovida pela Administração para cumprir essa determinação. Ainda diz a lei, como princípio, que o administrador deverá incentivar a criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Nós não temos ainda – com raras exceções – os chamados Juizados Especiais para Solução de Conflitos nas Relações de Consumo. Nem foi incentivada a criação de juizados de arbitragem voltados e preparados para decidirem sobre relações de consumo. Impressionou-me o que constatei terça-feira passada no Estado da Bahia, pois fui informado que lá temos juizados especiais nos *shopping centers*, juizados especiais nas rodovias, temos juizados especiais até em algumas áreas de lazer; quer dizer, uma disseminação de juizados especiais. Eu perguntei se esses juizados especiais eram especializados – da Justiça Estadual; responderam que não. Penso que aí

há necessidade de um passo para o aperfeiçoamento, para a especialização. Nessa evolução não podemos deixar de lembrar a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando determina que é dever também do Poder Público assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Nós sabemos que o Poder Executivo não está cumprindo com esse princípio posto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e que a qualquer momento o Poder Judiciário por meio da afirmação da jurisprudência, da análise de casos concretos, poderá ser acionado – basta que uma consciência jurídica nesse sentido seja firmada. Observem que aqui eu estou lhes falando de uma evolução jurisprudencial para o futuro, mas que já tem raízes postas no presente em outras situações. Dessas situações nós podemos enumerar a jurisprudência evolutiva do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no que eu tenho chamado “prestigiamento” da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que é a Lei de Improbidade Administrativa. Nós temos trabalhado com a Lei de Improbidade Administrativa procurando aplicá-la em toda sua extensão. Há uma parte da crítica doutrinária que afirma que essa lei tem uma carga de autoritarismo muito forte, pois é considerada de natureza civil, não de natureza penal. Essa lei impõe a todo aquele que praticar improbidade administrativa e, conseqüentemente, violar princípio – o postulado maior da moralidade está no art. 37 da Constituição Federal – várias penas. Isso rompe com aquilo que nós aprendemos em vários séculos: de que a pena deve ser aplicada conforme o princípio da razoabilidade, e o máximo que se admite é a pena de prisão cumulada com a pena de multa para situações excepcionais. Mas por ser tão grave a violação à moralidade pública neste país, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fechando os olhos para a crítica doutrinária, para a chamada cumulação de penas do direito, da Lei de Improbidade Administrativa, e está permitindo que aquele que for considerado como violador da Lei de Improbidade Administrativa seja punido com indisponibilidade de bens, com a perda desses bens, com ressarcimento integral do dano, com perda da função

pública, com suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios direta ou indiretamente. Vocês poderiam me perguntar: mas isso não viola o princípio da razoabilidade que está implícito na Constituição Federal? Isto não é desumano? Não. São os novos ventos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo que tentam diminuir pelo menos em 1% a improbidade administrativa que está sendo cometida nesse país. É aquilo que eu falei: é o fato que está sendo trazido para a interpretação da norma jurídica. E qual é o fato? O fato é que cada vez mais tem ocorrido a prática de atos administrativos irregulares, atos administrativos que violam os cinco princípios magnos postos no art. 37, o que, conseqüentemente, influencia na interpretação do Direito Administrativo, e até na aplicação da sanção. E ainda mais: entendemos que essas sanções que podem ser aplicadas àqueles que cometerem infrações administrativas, reguladas, ditadas pela Lei de Improbidade Administrativa, não prejudicam as sanções penais, nem outras sanções civis ou administrativas. Uma parte da doutrina diz que esse excesso de punibilidade, esse excesso previsto na Lei de Improbidade Administrativa, extrapola o que é determinado na Constituição Federal. A Constituição Federal no seu art. 37, § 4º, diz quais são as penas a serem aplicadas, mas temos entendido que aquela disposição posta na Constituição Federal é unicamente explicativa, poderá ser ampliada, porque não tem natureza de postulado, não tem natureza de princípio, é apenas um indicativo que o legislador poderá ampliar. Assim, não se choca com o art. 37 da Constituição Federal nem com os postulados maiores formadores da democracia que tem como base mestra o cumprimento da moralidade na prática dos atos administrativos. Por último temos aqui uma série de leis em que há princípios e mais princípios que deverão ser seguidos. O Direito Administrativo está evoluindo por meio de um complexo de princípios; vejam que nós temos princípios que deverão ser aplicados e que estão postos de modo bem expresso em várias leis. Princípios na Lei de Licitações, na Lei das Concessões, no processo administrativo, na Lei de Responsabilidade Fiscal. Vejam que o Direito Administrativo está sendo todo construído, consagrado na base

de princípios, além dos postulados constitucionais; nós temos que ter a conscientização de que esses princípios se interligam e vão cada vez mais influenciar essa evolução da jurisprudência administrativa. Tudo isso em consequência do que tem surgido nesses dezessete anos da vigência da Constituição Federal de 1988, a grande revolução que vem sendo introduzida em nosso sistema. Não obstante essa evolução seja pregada pela doutrina sentimos que não está sendo repassada por nossos professores universitários. Eu mesmo me penitencio, quando na cátedra, por não fazer advertência desse processo revolucionário que temos vivenciado em nosso sistema. Por fim vou indicar algumas decisões jurisprudenciais. No campo da discricionariedade há uma decisão do Supremo Tribunal Federal, RE nº 205.260: “Policial militar – Processo administrativo disciplinar – Validade – Ampla defesa assegurada. No caso, o defensor dativo – malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar – extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo”. Vejam que aqui o Supremo Tribunal Federal construiu uma idéia totalmente nova no campo da discricionariedade administrativa; interpretou-a em face de um problema concreto no momento em que a defesa foi exercida. Temos aqui outra decisão colocada de propósito para mostrar o choque existente do posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal com a decisão que eu citei a respeito da renovação da validade do concurso: “Concurso Público. Direito à nomeação. Súmula 15/STF. Firme o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito, não direito à nomeação”. Vejam que não devemos nos impressionar com esses signos/símbolos sumulados do Supremo Tribunal Federal porque examinei todo o

conteúdo dessa decisão e em nenhum momento se argumentou sobre o direito subjetivo, nem sobre o princípio da eficiência, não se argumentou sobre a necessidade de fundamentação da prorrogação. Simplesmente o que queria o candidato? O candidato apenas argumentava que por ter sido aprovado em concurso público tinha direito à nomeação. Qual é a dificuldade que nós temos? É que muitas vezes nós pegamos um enunciado sumular desse e queremos dar a ele a extensão que não tem, porque a jurisprudência foi construída com base numa situação, na situação como posta, e nós sabemos que o juiz não pode ir além do pedido, nem pode ir além daquilo que foi colocado pela parte, não pode extrapolar os parâmetros que a parte colocou para discussão. Nesse campo de valorização da Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal – é uma súmula muito antiga – é necessária a adaptação ao momento que nós estamos vivendo. O Supremo decidiu que a possibilidade de uma exceção ao seu pensamento – é muito interessante nós procurarmos sentir aquelas idéias que ficam atravessadas e que denotam uma conduta evolutiva do intérprete – não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito surgirá se for nomeado um candidato não aprovado no concurso, ou se houver o preenchimento de vaga sem a observância de classificação do candidato aprovado ou, se indeferido o pedido de prorrogação do prazo de concurso, em decisão desmotivada, for reaberto em seguida novo concurso para preenchimento de vagas oferecidas no concurso anterior. Em relação à razoabilidade e isonomia nós temos aqui várias decisões mostrando a evolução jurisprudencial no campo da discricionariedade administrativa. Vamos pinçar uma decisão do Ministro Maurício Corrêa, do Supremo Tribunal Federal, referente à fixação do número de vereadores, e em que foi dada a interpretação de que o número de vereadores deve ser proporcional à população em face desses princípios postos, o princípio da razoabilidade e isonomia, porque não é justo que um Município com uma população pequena tenha um número quantitativo de vereadores em desproporção com as suas necessidades. Isso contribuirá apenas para encarecer os cofres públicos. Esse é o Recurso Extraordinário 282.606, quando foi colocada uma frase, um pensamento muito interessante: “Fronteiras da auto-

nomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas". No campo da improbidade temos aqui uma decisão do Supremo Tribunal Federal muito interessante, que eu chamo à colação: "Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário". Olhem esse "apenas"

aí a modificar todo o conceito de discricionariedade administrativa até então construído. Os conceitos abertos e indeterminados que hoje estão presentes no novo Código Civil já eram trabalhados pelo Direito Administrativo pela voz do Supremo Tribunal Federal e começaram a ser trabalhados pela voz do Superior Tribunal de Justiça. No campo do Direito Administrativo podemos também enfocar o princípio da moralidade especialmente no campo do controle das licitações pela via do Mandado de Segurança e por outros tipos de ações.

Isso para demonstrar a evolução constante da jurisprudência em dezessete anos da Constituição Federal, tendo em vista a consagração desses direitos que estou a falar e que se voltam unicamente para valorizar o homem em sua dignidade e os elementos formadores de sua cidadania.

Agradeço pelo modo que fui ouvido.